

# El derecho flexible

Francisco Javier Acosta Gómez\*

**Resumen:** visualización del derecho actual considerándolo desde el punto de vista real dentro de un contexto menos rígido, más justo y razonable; integrando argumentos externos que sin ser estrictamente jurídicos forman parte de su existencia estructural, en aras de una modernización que conlleve a la flexibilización hermenéutica y jurídica en su interpretación. El derecho actual busca ser analizado y aplicado de la manera más justa, comprendiendo la realidad jurídica desde varias alternativas, ateniéndose a que el ser humano depende de lo vital y existencial. La solución de los conflictos sociales, hoy en día, debe considerar además de la norma, otras áreas disciplinares que le permitan al operador jurídico establecer juicios de valor frente a los hechos, las pruebas y a las múltiples posibilidades para tomar una decisión final.

**Palabras claves:** constitución, flexibilización, justicia, ponderación, argumentación, lógica, razón, valores, equidad, elementos extranormativos.

**Abstract:** consider the current law from the actual viewpoint in a less rigid context, more just and reasonable integrating external arguments not strictly legal part of their structural existence, for the sake of modernization that leads to more flexible and legal hermeneutics interpretation. The current law seeks to be analyzed and applied in the most fair, understanding the legal reality from several alternatives accordance to humans depends on how vital and existential. The solution of social conflicts today, must also consider the norm, other subject areas that allow the legal practitioner, establish judgments against the facts, evidence and the many possibilities for making a final decision.

**Key words:** Constitution, flexibility, justice, consideration, argument, logic, reason, values, equity, extra-legal elements.

## Lo tradicional

La tradición filosófica del derecho se ha preguntado de manera reiterada por su estructura ontológica a partir de la pregunta ¿qué es el derecho y qué lo caracteriza de manera esencial? Las pretensiones científicas han tratado de determinarlo como un objeto fáctico, una realidad más de la naturaleza, desconociendo su carácter social y humano y orientado hacia una objetivización que le niega otros caracteres que hacen parte de su misma naturaleza.

Se han dado teorías monistas que han tratado de explicarlo y no de comprenderlo, asignando el carácter explicativo a una realidad científica, por fuera del carácter comprensivo, el cual lo asimila más a una realidad axiológica. Se olvida de plano que el derecho no consiste solo en juicios descriptivos, pues también se avala en teorías justificatorias que obligan comprenderlo en el más amplio conjunto social, estableciendo sus relaciones con otros componentes de índole económico, político y ético, de los que emergen relaciones de poder.

\* Abogado Universidad de Medellín, Licenciado en Filosofía Universidad Pontificia Bolivariana, Especialista en Filosofía del Derecho Fundación Universitaria Luis Amigó, Especialista en Derecho Privado Universidad Pontificia Bolivariana. Docente Universitario, Secretario General Fundación Universitaria Luis Amigó.

Recibido: Septiembre 20 de 2012. Aprobado: octubre 16 de 2012.

La pregunta por la naturaleza, por la esencia, por el ser del derecho, sigue siendo siempre válida, lo cual no es otra cosa que indagar por lo que lo caracteriza de manera esencial. Al respecto podremos establecer algunas rupturas que se han realizado con la comprensión tradicional:

1. En la modernidad, se concibe el sujeto en su relación consigo mismo, que toma conciencia de su ser, en plena exaltación de la libertad y la reflexión.
2. El derecho se entiende desde el positivismo y, especialmente, desde el formalismo, como un sistema de normas, expresión de la autoridad del Estado, que dotado de órganos de coerción, pretende el restablecimiento del orden y el equilibrio social.
3. Hay comunes denominadores que han tratado de explicar el carácter esencial del derecho:
  - La concepción de reglas generales y abstractas
  - La lógica formal y deductiva, en donde las decisiones son producto de ejercicios silogísticos o de subsumción.
  - La preeminencia de la ley como referente objetivo de decisión.
  - El carácter cerrado, hermético, racional y lineal del derecho, entre otros.

### Las rupturas postmodernas

En el mundo de hoy, en donde se cruzan y se yuxtaponen elementos, en un momento postmoderno, se hace necesario realizar nuevas comprensiones, las cuales contienen elementos que es necesario destacar:

1. Todo se cuestiona. Nada es definitivo.
2. Las seguridades de la modernidad entran en crisis.
3. El mundo es menos idealista y se pierde su sentido histórico-crítico.
4. Hay un descrédito y desconfianza frente a las instituciones, los principios y las normas.
5. Sensación de indiferencia, discontinuidad y desencanto frente a las nociones de libertad, finitud y trascendencia.
6. Un relativismo axiológico.

Con todo lo anterior, las nociones de derecho, moral y religión entran en crisis como referentes de conducta, que persiguen la construcción de seres humanos íntegros e insertos en sociedades civilizadas.

El derecho, hoy, es un proyecto fallido, en el que la desconfianza y la incredulidad son comunes a las percepciones de los hombres, pues la sensación de lo irracional, del vacío, de la preeminencia de lo particular sobre lo colectivo, y el desinterés y el desencanto frente al futuro lo convierten en una realidad inaplicable, mera letra muerta, en una sociedad de guerras, barbarie y negación de oportunidades de realización.

El Estado es concebido desde la lógica de lo irracional, de la guerra y la desigualdad, que no genera confianza entre los ciudadanos respecto de que su vida, honra y bienes sean protegidos de manera efectiva. El Estado solo pregona derechos en el papel, los cuales son negados en sus mismas prácticas. No es un derecho para todos, sino que es un derecho direccionado a defender los intereses de unos pocos. Ante tanta apatía, desconfianza e incredulidad es necesario que el derecho se transforme en una realidad distinta que permita lograr con eficacia sus

fines de justicia, seguridad jurídica, orden y una humanización de la sociedad.

El derecho, en nuestro contexto, debe ser menos rígido y más flexible, menos normativo y más justo, menos racional y más razonable, menos supeditado al referente legal y considerar más argumentos de tipo extra normativo que inserten elementos, que sin ser estrictamente jurídicos, sí hacen parte de la existencia estructural del derecho.

### **Interpretación filosófica constitucional**

En el marco de un Estado Social de Derecho y de la Constitución, como norma superior, debemos, ante todo, adoptar una hermenéutica constitucional que nos lleve a comprender la norma de normas desde una reflexión filosófica, con el fin de descifrar en ella los principios y elementos que orientan las realidades políticas y jurídicas concretas del modelo de Estado que se pretende realizar.

Una constitución que desde lo axiológico considera al hombre en la cúspide del orden jurídico, en donde la dignidad humana se convierte en el principio, límite de toda la omnipotencia del Estado, con el reconocimiento de derechos inalienables que conciban al hombre en su misma naturaleza y lo alejen de toda cosificación.

Una constitución de carácter abierto que permita lecturas axiológicas desde la justicia, en el marco del desarrollo armónico de la sociedad, en condiciones de crecimiento igualitario y dentro de posibilidades de realización para todos.

Una constitución que desde lo ontológico indague permanentemente por el ser de las cosas, por la naturaleza misma del Estado, por elementos políticos que le son propios, por la articulación entre su contenido dogmático y filosófico, por la realidad lógica del Estado que permita su comprensión permanente.

Una constitución con elementos epistemológicos, que reivindique el papel del sujeto en su ámbito cognoscitivo, que promueva el conocimiento y desde lo hermenéutico asuma su identidad originaria e identifique las categorías propias del individuo en sus relaciones con el Estado.

Una constitución que desde lo existencial conciba al individuo en sus relaciones encarnadas con el Estado, que entienda la vida misma de las personas, su complejo social y cultural, sus convicciones y expectativas de crecimiento humano.

Una constitución con elementos históricos, que permita interpretaciones siempre actuales a partir de las coordenadas histórico-temporales, pues la vida fluye a través de lo individual y se proyecta a los cambios históricos. La historicidad es una lectura flexible frente a la rigidez de la norma y de la razón. Así las cosas, la constitución presenta múltiples juegos dialécticos de interpretación, significación, sentido y comprensión, pues en ella se conjugan elementos diversos de índole filosófico y conceptual que trascienden el tenor normativo de los textos superiores: el derecho natural, el derecho positivo, el uso alternativo del derecho, el neojusnaturalismo, el neojuspositivismo, las posiciones dialécticas integradoras, desde referentes antinormativistas que integran también variados sistemas para una comprensión filosófica y abierta, de orden múltiple y plural, que enriquecen su interpretación compleja, que consulta otros referentes.

En la constitución no podemos dejar de lado los aportes del historicismo, el realismo, la escuela sociológica, la jurisprudencia de intereses, la escuela ética, la escuela del derecho libre, la libre investigación científica, entre otras, pues éstas nos dan elementos de abierta interpretación constitucional, que permiten hacer rupturas con los paradigmas encarnados y trasciende a otros escenarios

que no son meramente legalistas. Auxiliar el derecho con la filosofía permite realizar ejercicios creativos e imaginativos por fuera de la racionalidad lineal y las aplicaciones rígidas, rigurosas e inflexibles de la norma jurídica. El derecho es una obra de arte, en donde el jurista asume la posición del artista, para imaginarlo y recrearlo de manera permanente, con el fin de suscitar los más variados significados. También se permite la postura del filósofo-artista, del filósofo-creador, que es crítico, irreverente y heterodoxo, que piensa por sí mismo poniéndose en el lugar de otro, tal como lo expresara Kant, el filósofo propone alejado de toda interpretación ideológica. Donde hay filosofía no queda espacio para la ideología

### Flexibilización del derecho

Una flexibilización del derecho, por fuera de los lineamientos estrictamente normativos y deductivos que tradicionalmente han implicado la aplicación de la norma, consideraría, hoy en día, dos modalidades para su implementación:

1. La flexibilización hermenéutica
2. La flexibilización jurisdiccional

Abordémoslas una a una:

1. *La flexibilización hermenéutica*: el nuevo ser del derecho se entiende desde la interpretación, en cuanto creación y producción del sentido, siendo el lenguaje su medio privilegiado. El derecho urge de ser recreado en sus múltiples posibilidades de sentido, entendiendo la norma desde su textura abierta, tal como lo reivindicara Hart. Al respecto Fernando de Trazegnies Granda, en su obra *Post-modernidad y derecho*, indica: “hay también una gran preocupación por el todo, una necesidad intelectual de colocar los textos dentro de sus contextos, un afán de comprender la totalidad no como una

suma de elementos simples al estilo de la ciencia moderna, sino en tanto que realidad irreductible (1993, p. 92).

La interpretación jurídica supone comprender la norma en la plenitud de sus fines y de este modo determinar el sentido de cada una de sus disposiciones. De aquí se colige que la interpretación jurídica es de naturaleza teleológica, fundada en la consistencia axiológica del derecho, la cual debe darse en el seno de una estructura de múltiples sentidos o significados, pues cada norma significa, no de manera aislada en el sistema normativo, sino de forma sistémica. La valoración y la interpretación se encuentran íntimamente relacionadas, pues la primera implica la vivencia del sentido y del mundo. La hermenéutica jurídica será un trabajo holístico, comprensivo, significativo, de razonabilidad, en el que los intentos de los métodos dogmáticos no son suficientes. De allí que la hermenéutica sea la paradoja incomprendida de la comprensión, pues la tradición la ha identificado con métodos secuenciales y lineales que riñen con su propia naturaleza. El hermeneuta del derecho deberá tener mayor distancia entre el texto y la lectura con miras a obtener múltiples posibilidades de interpretación, por fuera de los límites del texto de la ley y orientado a los horizontes de sentido, dotados de trascendencia e infinitud en la búsqueda de alcanzar loables fines, como la justicia.

Hoy en día se dice que el derecho es creado para ser interpretado y finalmente aplicado de la manera más justa, entendiendo su carácter problemático, lo cual implica comprender la realidad jurídica desde variadas alternativas y sin pretensiones absolutistas, pues el universo de lo humano no está en el campo de lo meramente matemático, sino de lo vital

y existencial. La indeterminación de lo jurídico nos sumerge en saltos, vacíos y agujeros negros, espacio propicio para la interpretación, lo cual deberá ser objetivado desde las buenas razones, los buenos argumentos, los buenos fundamentos y la capacidad de convicción en términos de razonabilidad. El intérprete deberá subsanar dichos vacíos haciendo uso de los principios, los valores socialmente relevantes y elementos de otra naturaleza con connotación política, económica y social, entre otros, que establecerán la ecuación necesaria entre el derecho y el sentido, interpretando desde una determinada forma de saber.

2. *La flexibilidad jurisdiccional*: los jueces, desde el imperativo constitucional, deben velar por la eficacia o materialización de derechos fundamentales, la realización de la justicia y la aplicación del derecho. Esto implica que los contenidos de la constitución, desde los principios, directrices y valores allí contenidos, deben irradiar todos los contenidos del derecho positivo de un Estado, dándole una validez material al ordenamiento jurídico en sus diferentes niveles y jerarquía. Así, la constitución tendrá una aplicación con un carácter de coordinación con las demás fuentes del derecho y, por ende, el juez se dota de discrecionalidad para la aplicación de las reglas jurídicas, con carácter de flexibilidad y no de rigidez. Hoy en día la resolución de los conflictos sociales, haciendo uso del tenor literal de la norma, es cada vez más impenable, pues se han de incorporar en las decisiones judiciales elementos de índole extra normativo y argumentos de mayor valía que consulten otras áreas disciplinares, asumiendo la potestad axiológica que permite establecer juicios de valor razonables frente a las normas, frente a los hechos, frente a las pruebas y frente a las múltiples posibilidades de decisión.

El juez, hoy en día, es un eje central en la comprensión y aplicación del derecho, un actor primordial en la consolidación del Estado social y democrático, desde el cual se determinan límites al ejercicio del poder, como puede acontecer con las sentencias de protección de los derechos fundamentales, enmarcadas en el recurso de amparo o la acción de tutela, desde una aplicación directa de la constitución, orientada a la búsqueda de la justicia y la dignificación del ser humano.

La acción protagónica del juez en el Estado de hoy cambia el centro de gravedad en la manera como debe comprenderse el derecho. Ya no es el derecho del legislador, sino el derecho del juez; ya no es el derecho del tenor literal de la norma, sino de la regla que se comprende; ya no es el derecho cerrado, hermético y rígido, sino el abierto, indeterminado y flexible; ya no es la norma general, sino la sentencia que se aplica al caso; ya no se busca la aplicación de la ley, sino la búsqueda de la justicia; ya no es la decisión formalista, deductiva y racional sino la razonable, justificativa y problemática que atiende las singularidades y contextos de cada caso; ya no es la decisión única y posible, sino que admite múltiples posibilidades de resolver los conflictos, en condiciones de buena argumentación, razonabilidad y convicción. La acción de los jueces se moverá en dos niveles: la ponderación y la argumentación, controles indispensables para la actividad judicial, para que sus sentencias no sean arbitrarias, injustas o irracionales.

La ponderación es una herramienta que busca realizar principios, valores o bienes superiores que pueden enfrentarse a otros de similar entidad y se convierte en un límite al ejercicio de la discrecionalidad judicial. El enaltecimiento de un principio, de un valor o un bien jurídico no se hará de manera irres-



ponsable, irracional y caprichosa, sino que consultará los valores, los contextos y aquellos otros argumentos que en una situación específica apoyan una elección, en aras de garantizar la recta aplicación de la justicia.

La argumentación exteriorizará las buenas razones, los buenos argumentos y motivaciones que tiene el fallador, para que entre múltiples posibilidades de decisión, elija aquella que considera la mejor para el caso que se somete a consideración. Motivar garantiza la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio. Luigi Ferrajoli, en su obra *Derecho y razón*, indica: “la validez de las sentencias resulta condicionada por la verdad de sus argumentos, como en fin, el poder jurisdiccional no es el poder inhumano ni puramente potestativo, sino que está fundado en el saber opinable y probable y, por ello, precisamente refutable” (Ferrajoli, L., 1995, p. 622).

Perelman niega el carácter estrictamente hermético del derecho, por lo cual sería admisible la existencia de vacíos dentro del ordenamiento jurídico, considerando que el derecho no soluciona casos fáciles sino casos difíciles que implican múltiples posibilidades de decisión. Por ello, la lógica tradicional es replanteada y se indica que los jueces desde la ponderación y la argumentación, con un carácter flexible, deben dar soluciones adecuadas y justas, pues el fin del derecho no es demostrar verdades sino solucionar conflictos de la mejor manera. Para ello sugiere que las soluciones a los casos tengan en cuenta referentes extrajurídicos y teorías de la argumentación, pues los razonamientos del derecho no son apodícticos sino dialécticos u opinables, que establecen relaciones no entre premisas y conclusiones, de manera matemática, sino entre argumentos y decisiones, donde se abre la posibilidad de decidir de múltiples maneras. En esta nueva comprensión de la lógica del

derecho realza el autor citado dos elementos fundamentales:

- a. Los tópicos jurídicos, que se refieren a aquellos que se utilizan para suministrar razones que permiten descartar soluciones que no sean equitativas o razonables al caso particular que se somete a examen y consideración.
- b. La valoración, pues si el derecho es problemático, dado su carácter vital, social y humano exige del fallador actitudes valóricas, para que entre muchas posibilidades de decisión elija la que considere sea más aceptable, razonable, lógica y axiológica, según la naturaleza y las circunstancias del caso, así esta no sea la única. Se cambia así el concepto de decisión racional por decisión razonable.

Manuel Atienza, en su obra *Tras la Justicia*, indica que las decisiones racionales no cometen errores de tipo lógico, siempre vinculan alguna fuente del derecho, se atiende únicamente a los hechos probados, no tiene en cuenta referentes extra normativos o de otra índole. Las decisiones razonables, en cambio, atienden situaciones que deben ser resueltas con un carácter axiológico por encima del referente legal, considera la justicia por encima de la ley, cuenta con múltiples argumentos aun extra jurídicos que garantizan un máximo de consenso.

Carlos Gaviria Díaz, en un texto denominado *Andrés Bello y los Jueces de Mármol*, nos dice que desde la Constitución Política de Colombia de 1991 se advirtió la necesidad de un nuevo tipo de juez, no inscrito en los incisos y párrafos de las normas, sino que se alimente de claves y reflexiones que lean el universo axiológico. Un juez heterodoxo, crítico, contestatario, audaz, imaginativo, creativo, pensante, provocador, dialéctico, abierto, vital, hermenéutico, sensible humanamente, filósofo, artista, propositivo,

dialógico y con capacidad intelectual para debatir los hechos de los nuevos tiempos y circunstancias.

## Conclusiones

Un derecho flexible en el siglo XXI no puede entenderse con la mentalidad de los siglos anteriores. En un mundo postmoderno, la modernidad entró en crisis, el concepto tradicional del derecho se ha puesto en entredicho, todo se cuestiona, incluyendo la misma efectividad de los sistemas normativos.

En el mundo de hoy se concibe un derecho flexible, abierto, con zonas de penumbras e indeterminación, que deja espacios y vacíos para la interpretación, para la argumentación, la ponderación, la valoración, el acceso a nuevos referentes conceptuales, entre otros, y que de manera imperativa se acompaña de la filosofía, como una manera de indagar, dinamizar e interpretar los nuevos contextos.

Hoy en el derecho se tienen en cuenta otros elementos:

1. La contextualización del caso que se somete a consideración, advirtiendo los cambios sociales e históricos.
2. La articulación del sistema jurídico desde el concepto de necesidad humana, pues el derecho se debe legitimar desde su carácter emancipador y liberador del hombre.
3. La refutación del dogmatismo en donde ya no hay realidades cerradas, eternas, lineales e inflexibles. Hoy todos los conceptos están en crisis.
4. No hay realidades definidas, solo hay interpretaciones. Se permite también la interpretación de la interpretación, la mirada que mira, con un carácter siempre abierto para escuchar la posición del otro, así esta sea diferente y divergente.
5. El derecho es extraído de su insularidad epistemológica y establece diálogos con otros saberes y disciplinas, considerando que su objeto es complejo.
6. El derecho se presenta en un grado de asistematicidad, nebulosidad, liquidez, multiplicidad, flexibilidad, levedad, rapidez y paradoja. Es decir múltiples actores jurídicos, múltiples niveles de poder, múltiples racionalidades, un discurso dúctil y blando con altos márgenes de discrecionalidad, fragilidad, informalidad, lo cual permite amoldarse a las circunstancias de los casos, con precariedad en el consenso, temporalidad de los sistemas jurídicos y donde la seguridad está al lado de la incertidumbre. El derecho de hoy se sumerge en bifurcaciones jurídicas, donde no hay una única posibilidad de decisión, sino múltiples y que se encuentra entre la encrucijada de la aplicación de la norma y la búsqueda de la justicia, pues las normas ya no serán libres del contexto, sino que acudirán al lugar en la vida, tomando responsabilidad frente al hombre y su mundo.
7. La flexibilización se materializa en la actividad de los jueces, quienes desde una sana discrecionalidad, insertan elementos axiológicos y en términos de ponderación y con razonables argumentos buscan la mejor decisión al caso que se somete a su consideración con el fin de aplicar la justicia.
8. Se cambia la estructura ontológica del derecho. El nuevo ser del derecho es la interpretación, en condiciones de valoración ética. La dogmática entro en crisis.
9. La norma jurídica se mirará desde las sentencias judiciales y su aplicación previa motivación, fundamentación o argumentación, que permita dar soluciones razonables y siempre justas, que generen un máximo de consenso.

## Referencias

- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 216 p.
- García Inda, A. (2000). *Cinco apuntes sobre derecho y postmodernidad*. S.P.I.
- Kaufmann, A. (199). *La filosofía del derecho en la postmodernidad*. Bogotá: Temis.
- Salazar Ramos, R. (1998). Postmodernidad y ciencias humanas. En *Postmodernidad y Verdad*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Trazegnies G. F. (1993). *Postmodernidad y derecho*. Bogotá: Temis
- Valencia Restrepo, H. (1993). *Nomoárquica, principalística, jurídica o los principios generales del Derecho*. Bogotá: Temis,.